

〈특집〉

『서울대학교 法學』 50년: -법사학- 그 성과와 전망

鄭 肯 植*

I. 개관

법제사는 역사적 관점에서 법을 바라보고 분석하는 것이다. 본 발표에서는 대상을 영역별로 분류하여, “한국전통법사, 한국근현대법사, 서양법사, 동양법사”로 구분하였다. 1960년 제2권 제1호의 “朴秉濠, 李朝時代의 不動産訴訟法小考” 이후, 2009년 제50권 제1호의 “최병조, 법과 철학 사이에서”까지 총 98편¹⁾의 관련 논문과 번역 등이 발표되었다(“부록: 법사학 주제별 목록” 참조).²⁾ 이를 시대별 주제별로 정리한 것은 <표 1>이다.

<표 1>: 법사학 연구 개관(1959~2008)

대상 시기	전체 논문*				외부 필자 및 외국어**				전체
	전통	근현대	서양	동양	전통	근현대	서양	동양	
1기 1959-68	3		1	1			1/0		5(1/ 0)
2기 1969-78	3	1			1/0	1/1			4(2/ 1)
3기 1979-88	3	7	7	1	0/1	1/1	0/2		18(1/ 4)
4기 1989-98	2	6	13	5	0/2			2/2	26(2/ 4)
5기 1999-현	12	8	15	8	0/1	2/1		4/2	43(6/ 4)
합계	23	22	36	15	1/4	4/3	1/2	6/4	96(12/13)

* 법사학방법론 논문: 2편(1979-1988) 별도

** 법과대학 교수 외의 필자/외국어 논문

* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

1) 동일한 논문이 나누어 게재된 경우에는 1개의 논문으로 처리하였다. 따라서 실제로 게재된 것은 이보다 많다.

2) 원고 작성의 편의상 직위와 호칭은 생략한다.

법사학 방법론은 2편, 한국전통법사는 23편, 한국근현대법사는 22편, 서양법사는 36편, 동양법사는 15편이 등 총 98편이 발표되었다. 50년 동안 98편으로 매년 2편 정도가 발표되었다. 전체적으로 볼 때, 최근에 올수록 논문의 편수가 증가하고 있다. 본 대학 외부 필자의 논문은 12편이며, 외국어 논문은 독어 2편, 영어 11편으로 모두 13편이다. 외부필자는 제5기에 급속히 증가하였고, 외국어 논문은 제3기부터 일정한 수를 보이고 있다.³⁾ 이러한 경향은 『서울대학교 法學』의 외부개방과 함께 외국과의 소통이 강조되면서 나타났다.⁴⁾ 이러한 경향은 앞으로도 지속될 것이다.

이하에서는 영역별로 내용을 소개하면서 나름의 반성과 향후 연구 분야 등에 대해 간단하게 언급한다.

II. 한국전통법사

법사학방법론과 한국전통법사에 대한 논문 등은 모두 25편으로 5개의 주제와 언어별로 나누어 보기로 한다.

1. 일반

방법론의 확립과 논의는 학문의 기초라고 할 수 있다. 방법론과 그에 대한 성찰이 부족한 법사학계의 현실에 본격적으로 법사학방법론을 제시한 것이다. 법사학이 법학이면서 동시에 역사학임을 언급하고 기초법학과 법사학의 다양한 연구영역을 제시하였다. 방법론을 사료와 해석으로 설명하고, 비교법사학 등 새로운 과제를 제시하고 있다(1: 최종고, 1983).⁵⁾ 그리고 학계의 개편과 관련하여 기초법학의 범위와 교수방법 등에 대해 언급하였다(2: 최종고, 1987). 전자는 법사학에 관심을 갖는 초학자는 반드시 정도해야 할 논문이며, 후자는 새로운 법학교육제

3) 최초: “이태재, 소유권사상의 변천이 법률제도면에 미친 영향”(9-2, 1967), “董德模, The Origins and Nature of the Korean War”(18-1, 1977).

4) 2000년 이후에도 외국어 논문이 많이 증가하지 않은 것은 영문학술지 *Journal of Korean Law*가 2001년부터 별도로 발간되기 때문이다.

5) 이하 개별논문을 인용할 때에는 “부록: 법사학 주제별 목록”의 일련번호와 필자, 발표 연도만 표기한다.

도를 도입한 현재 의의가 있다.

한국전통법사에 대한 기초적이며 입문적인 연구로는 관련자료를 검색하는 방법 등을 소개한 것(17: 정공식, 2002)과 1555년(명종 10)에 출간된 《경국대전》의 공식유권해석집인 《경국대전주해》의 역주(25: 정공식, 2008) 및 16세기의立案과 상속문서를 역주하고 분석한 것이 있다(22, 23: 정공식, 2006). 특히 후자에서는 지도까지 제시하여 입체감을 주었다. 이 논문들은 학문후속세대를 위해 사료의 역주와 역사적 해석에 중점을 둔 것이다.

法源史에 대해서는 대전체제로 최후의 종합법전인 《大典會通》(1865년[고종 2] 반포)의 편찬과정을 다양한 사료를 동원하여 치밀하게 밝힌 논문(15: 정공식, 2001)과 국사학계에서 《典錄通考》를 ‘大典’로 파악하고 《續大典》을 평가절하하는 입장을 비판하는 논문이 있다. 후자의 논문에서는 구체적으로 <예전> [봉사]·[입후]조가 성립되는 과정을 분석하여 《전록통고》는 단순히 《경국대전》이후의 각종 법령을 단순히 纂輯한 것이고, 법령을 종합적으로 정리하여 編纂한 《속대전》이야말로 명실상부한 ‘大典’임을 논증하였다(20: 정공식, 2005).

2. 통사적 논문

첫 논문에서는 이전의 토지법과 가족법에 대한 연구를 바탕으로 전 분야에 걸쳐 조선사회의 변화에 그에 대응한 법의 변화를 정리하면서 한편으로는 새로운 연구과제를 제시하였다. 일반인의 전통법에 대한 물이해와 평가절하에 대한 새로운 인식을 촉구하였다. 특히 현행법제의 ‘근대성’의 요소를 전통법에서 제시하고 있다. 그리고 (현대법제의) ‘전통과의 단절’을 극복하기 위한 필자 나름의 방안을 모색하고 있다(7: 박병호, 1974). 이 논문은 필자가 한국전통법을 보는 입장이 녹아 있는 것으로 입문자들에게 일독을 권하고 싶다.

한국의 법은 風土論에 입각하여 天人相與의 사상이 災異論으로 발전하였다. 봉쇄적 소지역성은 조상숭배 중심의 가족주의적 법률의식을 배양함에 따라 형법과 행정법이 발달하였다. 그 결과 동양적·전제적·유교주의적 양반관인사회에 기반을 둔 군주국가에서 가족주의사회가 유교와 결합하여 ‘仁’과 ‘孝悌’ 그리고 사회적으로는 華夷觀에 근거한 신분적 계층질서를 기본으로 하는 법질서가 구축되었다(8: 전봉덕, 1978). 통사적으로 한국법사상의 특징을 그려내었지만, 서구의 입장에서 서술한 한계가 있다.

자료가 빈곤한 상태에서 삼국시대에서 조선조까지 통사적으로 한국법학사를

과거와 교육제도와 관련하여 서술하였다. 특히 명칭의 동일 내지 유사성에 주목하고 있다. 조선시대의 율학에 대한 논의를 소개하여 내용을 풍부하게 하였으며, 끝에는 국내 유일의 律科榜目을 소개하여 연구를 촉구하고 하였다. 마지막으로 과거가 단순한 과거가 아닌 현재와 직결되어 있고 따라서 율학의 전통을 무시해서는 안 될 것을 강조하였다(11: 최종고, 1985). 이 논문은 한국법학사에 관한 최초의 논문인 점에서 의의가 크다.

책, 특히 법서가 출판되고 보급된 사회적 배경과 의미를 살피는 것에서 출발하였다. 조선전기와 후기로 나누어 법서의 출판현황을 비교하였다. 전기에는 고유 법서만이 아니라 중국법서의 출판이 많은 것이 특징이다. 후기에는 사례집의 출판이 두드러진다. 그러나 전기에 비해 활발하지 않았다. 법서의 출판을 통해 전기와 후기의 사회 성격이 달라진다고 주장하였다(24: 정공식, 2007).

3. 재산법 분야

본지에 실린 최초의 논문은 소송법사이다. 법전과 조선왕조실록은 물론 고문서와 사송법서인 《詞訟類聚》 등 관련 자료를 망라한 논문으로, 조선시대의 민사소송의 법과 실재를 소개하였다. 그리고 제도의 서술에만 그친 것이 아니라 재판의 의의와 재판에서 나타난 法意識과 法感情까지 다루었다(3: 박병호, 1960). 당시는 물론 현재까지도 조선시대 민사소송을 연구하는데 기초적인 연구이다. 1990년대 말에 접어들어서 민사소송에 대한 논문이 나온 것을 보면 그 선진성을 알 수 있다.

이어 나온 논문은 토지소유권에 대한 것으로 한국학계 최초로 조선시대에 토지에 대한 사적소유권이 존재하였음을 실증적으로 치밀하게 논증한 점에서 학설사적으로도 의의가 아주 높다. 특히 법전을 대상으로 한 관념적 차원이 아니라 서울대학교 규장각에 소장된 상속문기와 매매문기 등 법생활의 실재에서 이를 논증하였다(5: 박병호, 1966~7). 사적소유권설은 10년이 지난 1970년대 중반부터는 학계의 통설로 자리잡았다.⁶⁾ 『서울대학교 법학』誌에서 한국사학계에 내세울 수 있는 논문을 하나를 꼽으라면 주저 없이 30대에 발표한 장편의 이 논문을 들고 싶다.⁷⁾ 이어서 조선시대의 토지소유권이 현재와 다른 특색을 규명한 논문을

6) 이영호, 「조선시기 토지소유관계 연구 현황」, 근대사연구회 편, 『한국중세사회 해체기의 제문제(하) -조선후기사 연구의 현황과 과제-』(지식산업사, 1986), 84쪽.

7) 이 논문은 필자의 서울대학교 舊制 法學博士學位論文이다(1975년 제출).

발표하였다. 여기에서는 土地公概念에 대한 역사적 근원을 규명하였다. 1970년대 이후 역사학계나 경제사학계에서 토지소유권에 대한 논문은 많지만, ‘소유권’의 개념에 대한 성찰은 부족하였다. 이 논문은 ‘점유’에서 ‘소유권’으로 성장하는 과정을 이론적으로 소개하였다. 그리고 조선시대에 소유권은 인정되었지만, 현실적으로는 ‘利用強制’가 수반되는 점을 한계로 지적하고 이에 대한 구체적인 실례를 제시하였다(9: 박병호, 1980).

4. 가족법 분야

일반적 인식과 다르게 조선후기에도 宗法的 同姓養子가 아닌 이성양자가 존재한 사실에 대한 실증적인 연구를 수행하였다. 구체적인 사례를 고문서를 통하여 소개하였다. 이성양자의 법적 지위와 실태를 규장각에 소장된 《法外繼後謄錄》을 분석하여 치밀하게 소개하였다. 가계계승을 위한 중법적 계후가 주이며, 이성양자는 從이지만, 이성양자는 노비증식의 수단으로도 이용되었지만, 무자녀의 경우에는 奉養과 奉祀의 측면이 존재하였다(6: 박병호, 1973). 명시적이지는 않지만 제사에 가계계승과 사후봉양의 측면이 있음을 언급하였다.

우리 고유의 혼속인 처가살이의 전통적인 혼인풍속과 법제와의 관계를 다루었다. 率壻婚俗에서 親迎禮로 전환하는 과정을 논증하여 현재까지 타협적인 형태로 존재함을 논증하였다. 혼인에서 거주규칙이 친족과 금혼친의 범위를 다루었는데, 혼속의 영향으로 중국을 이상으로 함에도 불구하고, 법적으로나 사회적으로 外族과 妻族이 중국보다 넓게 인정된 근원을 밝혔다. 마지막으로 전통가족제도에 대한 당시의 인식을 재고할 것을 요망하였다(4: 박병호, 1962). 그리고 중국의 영향을 많이 받은 친족호칭에 대해, 고유의 혼속이 반영된 친족호칭을 검토하였다. 이어서 《大明律直解》와 《경국대전》에 나타난 고유친족호칭을 소개하고, 이의 구조와 원리를 분석하였다. 또 服制와 相避制 등 법제적 친족호칭을 밝혔으며, 17세기 이후의 변화를 추적하였다(19: 박병호, 2003).

국가에서 특전을 부여한 공신은 상속에서도 특례를 인정하였다. 이러한 특전의 승계는 신분이 낮은 첩자만 있으면, 친자라는 ‘혈연’과 가문의 계승이라는 ‘명분’ 사이에 많은 갈등이 있었다. 이러한 모순이 해결되어 《경국대전》에 수록된 과정을 논증하였다(18: 정공식, 2002). 그리고 《경국대전》에 규정된 남녀균분상속이 실질적이었음을 1579년의 상속문서를 분석하여 논증하였다. 노비는 성별과 연령 그리고 노비가족의 분배로, 토지는 면적과 소재지 등을 분석하여 입증하였다.

특히 지도를 통하여 토지소재를 추론하여 이해를 도왔다(23: 정궁식, 2006).

5. 기타

비교법사적 관점에서 임란 후 조일관계가 정상화된 후, 양국 간에 발생한 법적 문제를 다루었다. 가장 많은 사건은 부산왜관에서 발생한 간통사건이다. 향후 이러한 사건의 법적 해결을 추적하면 동아시아 보통법의 면모를 분명히 할 수 있을 것이다(14: 최종고, 2001). 이 논문은 비교법사적 연구를 강조하고 실증한 점에 의의가 있다. 공법사에 대한 연구로 조선시대에 제도적으로는 아니지만, 다양한 형태로 절대권력에 대한 통제가 존재하였음을 정리하였다. 통치구조, 권력분립, 권리구제의 측면에서 이를 논증하였으며, 법치주의의 요소로는 왕의 신성성, 法源의 정비, 법에 대한 관념과 왕권의 견제를 들었다(16: 정궁식, 2001). 이 논문에서 제시한 사례에 대한 개별적이고 구체적인 연구가 요망된다.

6. 외국어 논문

외국어 논문의 필요성이 가장 절실한 분야가 한국전통법사 분야일 것이다. 그 이유는 국제화·세계화의 시대에 한국법을 알리기 위해서이다. 3편의 논문이 있다.

조선시대 지배층인 양반과 그들의 사회적 역할과 법발달과 관련하여 언급한 것이다. 기존의 연구성과를 요약하여 양반층의 법지식 등에 대한 언급은 앞으로의 연구에 시사를 주고 있다. 그리고 양반이 현재에도 영향을 주고 있다(10: 박병호, 1983).

한국에서 법이론과 법철학이 형성된 과정을 전통시대에서 현재까지 일목요연하게 정리하였다. 결론에서 이론과 현실의 괴리극복, 법학방법론의 반성과 정립, 남북통일을 위한 준비가 현재의 과제임을 역설하고 있다(12: 최종고, 1991). 이어서 통사적으로 유교사상과 법사상 및 제도를 구체적으로 다루었다. 특히 유교사상을 반영한 현행법을 집중적으로 소개하여 한국이 유교중심국가임을 보이고 있다. 또 현재 한국에서 인권의 신장, 법의 지배가 향상되는 상황을 소개하였다(13: 최종고, 1996).

III. 한국근현대법사

현행법제는 전통에 기반한 것이 아니라 1894년 갑오개혁을 전후로 하여 수용한 서구법제에 바탕을 두고 있다. 한국근현대법사에 대한 논문 등은 모두 22편으로 4개의 주제와 언어별로 나누어 보기로 한다.

1. 서양법 수용사

중국 등이 근대적 국제관계에 포함되는 계기를 아편전쟁에서 찾고, 한국의 개국과정을 征韓論 등 일본의 움직임과 관련지워 소개하였다. 한국의 개국을 국내적 관점에서 그치지 않고 국제적 관점, 특히 제국주의의 대립이라는 관점에서 다루었다(27: 董德模, 1979). 필자가 외교학과 소속임에도 불구하고 여기에 논문을 투고하였는데, 당시의 법대의 포용성과 개방성이 빛난다. 전통적 조공체제에서 만국공법체제로 전환되는 개항기에 주권개념에 대한 논쟁을 정리하였다. 1876년의 병자수호조약 등 서구제국과의 조약을 서술하였다. 주된 논점은 청과 조선의 관계를 서술하였다. 청일전쟁의 결과로 조선이 독립되는 과정을 다각적으로 검토하였다. 그리고 한국만 다룬 것이 아니라 청과 주변국의 관계를 다루어 이해의 폭을 넓혀주었다(45: 이상면, 2006).

저자의 선행 연구⁸⁾에 대한 비판 등에 대한 해답과 한편으로는 외국에 소개하려는 목적에서 집필되었다. 특히 비교법적 내용과 학계에서 논의된 ‘수용(Rezeption)’에 대한 개념을 정리하여 연구방향을 제시하였다. 그리고 개별법 영역에서 현황과 제도와 의식의 문제를 소개하여 구체성을 더하였다. 또한 연구에서 개방적 자세를 강조하였다(36: 최종고, 1992).

현행 법률용어의 연원을 탐색하는 작업의 일환이다. 먼저 漢譯된 국제법서에서 용어를 추출하였으며, 中·日의 상호영향으로 국제법용어가 정착되는 과정을 검토하였다. 한국에 대해서는 당시의 교과서와 논문 등에서 용어와 해설을 소개하였다. 그 용어가 한 동안 공통성을 유지하였으나 中共의 탄생으로 달라진 것도 있으므로, 한중일 삼국의 공동연구의 필요성을 제시하였다(34: 최종고, 1989).

식민지기 보편사적 관점에서 독자적인 국학체계를 구축하려고 한 자산 安廓의 저서 《조선문명사》(1922)가 한국법제사 저서임을 논증하였다. 이어서 식민지

8) 최종고, 『한국의 서양법수용사』(박영사, 1982).

상황에서 그 책이 갖는 의미를 소개하였다(39: 정금식, 1997).

2. 개별법제

발간연도 미상의 李冕宇 講述, 《會社法》과 이와 관련하여 상법, 회사법과 관련된 大韓帝國의 법령을 소개하였다. 간략히 法官養成所의 교과과정과 함께 분석하여 위 책이 교재이었을 가능성을 제시하였다. 마지막 1962년에 상법심의위원인 필자가 이 책을 보았으면 상법의 “회사법”이 아닌 “股本會社法”으로 되었을 지도 모른다고 하는데, 그의 역사에 대한 애착을 잘 나타낸다(30: 정희철, 1980). 위 논문에서 이어서 개항 전후 1910년대까지 상법사를 검토하고 있다. 상업의 구조를 검토하고 전통적인 상인인 客主, 旅閣, 居間, 裸負商을 소개하고 이어서 공동기업인 회사에 대해 소개하였다. 마지막 장에서 회사에 대한 법적 규제를 소개하고 있는데, 1910년 「조선회사령」(制令 13)은 민족자본을 탄압하기 위한 것이라고 하였다(31: 정희철, 1983). 이는 사학계의 기존 연구를 이용하여 논문으로 현행회사법의 사적 이해에 도움을 주고 있다. 한국법학사의 일부로 개화기의 상법학 교과서의 저자와 내용 그리고 회사제도의 소개과정과 논문을 충실하게 소개한 것이다. 그 내용은 오늘의 관점에서도 큰 손색이 없는 완전한 것이며, 이는 일본의 그것을 소개한 것이기 때문이다. 그러나 필자는 이를 일본의 아류가 아닌 일본을 통해 일본을 극복하려는 애국적·주체적 시도로 평가하고 있다(32: 최종고, 1985).⁹⁾

헌정사의 관점에서 한국에서 사법권 독립의 원리가 형성되고 수용되는 과정을 淸·日과 비교하여 검토하였다. 먼저 전통적 사법제도의 상이한 상태를 비교·소개하였다. 이어서 헌정사적 관점에서 사법독립의 관념과 제도가 전파·수용되는 과정을 밝혔다. 끝으로 사법독립의 법제화과정과 현실적 한계를 재판소구성법과 그에 따른 각종 재판소의 치폐를 통해 분석하였다. 결론에서 사법독립의 원리가 지니는 ‘정치적’ 의미를 전문법률가집단의 존재와 관련하여 언급하는데, 많은 시사점을 던져주고 있다(46: 신우철, 2008).

명치일본이 추진한 가족정책이 식민지조선에 그대로 적용되었다. 그 핵심은 ‘家’制度的의 이식이며, 이는 호적제도를 통해 실정법에 침투하였다. 그 결과 각종

9) 저자는 당시의 법학에 대해 ‘애국적’ 민족법학이라고 평가하고 있다(崔鍾庫, 앞의 책 (주 8), 30쪽).

신분행위에 대한 동의권을 갖는 호주권과 상속권이 강화되어 민법에 규정되었다. 따라서 민법의 가부장제적 성격은 식민지기에 연유하며 이에 대한 연구가 필요하다(37: 박병호, 1992). 호주가 아닌 망장남의 상속인의 범위에 대해 현재 정립된 판례법이 타당함을 논증하였다. 먼저 조선시대 상속관습의 변화와 식민지기에 형성된 관습을 살폈다. 관습은 변하는 것이기 때문에 식민지기의 상속관습은 조선말기와 큰 차이가 없다. 그렇다고 해서 식민지가 현재에 아무런 의미가 없는 것은 아니다. 사실에 불과한 조선말기의 상속을 관습법으로 격상시켰기 때문이다(47: 정궁식, 2009).

3. 교류사

일국의 역사는 타국과의 교류와 관련이 있으며, 법제도 마찬가지다. 특히 해방 후 우리 법제는 미국의 영향을 많이 받았다. 이러한 교류사의 관점에서 한미의 법률교류를 인적 교류와 법사상의 측면에서 다루었다. 특히 현행법제에 미국법이 미친 영향을 파노라마적으로 검토하여, 다른 연구의 길라잡이 역할을 하였다(28: 최종고, 1982). 한불수교 100주년을 기념하는 이 논문에서는 18세기말부터 현재까지의 교류사를 다루고 있다. 가톨릭의 자연법사상의 수용을 구체적인 자료로 논증하였다. 특히 1905년에 제정된 《刑法大全》과 법률고문 크레마지(L. Crémazy; 金雅始)와 법관양성소의 교재로 현재 서울대학교 법학도서관에 소장된 《法國律例》를 자세히 분석하였다. 해방 이후 프랑스법에 대한 문헌과 연구자 등을 소개하여 이후 교류의 터전을 마련하였다(33: 최종고, 1986).

근대적 문화재의 개념이 형성되는 과정을 고찰하고, 일본(조선총독부)의 한국 문화재조사실태를 개관하였다. 그리고 정부수립 후 약탈문화재 반환운동에 대해 언급하였다. 효과적으로 문화재를 반환받기 위한 조치로, 문화재의 이력을 만들고, 북한을 통한 반환방법을 거론하였다(43: 정영목, 2003).

4. 현대법사

한 동안 현대사를 역사의 대상으로 기피하는 금기가 있었다. 미군정기의 입법과 법전기초위원회, 법전편찬위원회의 활동을 소상히 언급하고 이어서 육법 등 기본법제의 제정 과정을 소개하였다(35: 최종고, 1991). 이 논문은 본격적으로 우리에게 가장 가까운 현대법제의 형성과정을 최초로 다루었다. 이로써 현대법제의

연원에 대한 갈증이 어느 정도는 해소되었다. 등잔 밑이 어두운 것처럼 우리의 역사, 우리 대학의 역사에 대해서는 소홀히 하였다. 이는 역사적 소용돌이 속에서 사라진 사료의 탓도 있겠지만, 기본적인 것은 우리의 자세이다. 이런 와중에 우리의 역사적 현재를 규명하였다. 접근방법은 인물을 중심으로 하였으며, 32명의 교수를 소개하였다(38: 최종고, 1993).

1951년 전쟁의 와중에 발생한 민간인 학살사건인 거창사건에 대해 경과를 소개하고, 법적 쟁점을 정리한 다음, 관련법의 개정사안을 제시하였다. 단순한 과거사에 대한 정리를 넘어 현실을 개선함에 기여하였다(41: 한인섭, 2001). 한국의 민주화 및 그 결과인 5.18민주화운동에 대한 법적 해결을 모색하였다. 이를 토대로 과거청산의 기본원칙과 그 실천방안에 대해 제시하였다. 법학의 실천적 성격을 잘 보여주고 있다(42: 한인섭, 2002). 분단 60주년 기념특집논문으로 사법부의 독립과 관련하여 논지를 전개하고, 당사자의 고백으로 아픈 우리 사법의 실상을 보여주고 있다. 사법적 과거청산의 구체적인 방안을 제시하고 있다. 그리고 과거청산의 법적 장애를 검토하고 해결방안을 모색하였다. 이 논문은 민주화된 우리 사회를 잘 보여주고 있다(44: 한인섭, 2005)

5. 외국어 논문

한반도의 지정학적 중요성을 시야를 확대하여 몽골[元]과 豊神秀吉의 침입부터 다루었다. 그리고 한국의 해방과 분단 그리고 전쟁에 대해 국제정치적 관점에서 분석하였다(26: 董德模, 1977). 필자는 법과대학에서 국제정치학을 강의·연구하였으며, 1975년 이후에는 사회과학대학 외교학교로 옮겼다. 이 논문은 한국전쟁에 대한 초기의 성과라고 할 수 있다. 국제법학자가 한국에서 만국공법[국제법]의 수용과정을 고찰하였다. 문제의식은 발생의 문화적 배경이 다른 서구의 국제법이 조선에 어떻게 수용되고 작동했는가이다. 1870년까지와 1872년에서 1905년까지로 나누어 위 문제를 고찰하였다(29: 배재식, 1982).

둘이 아닌 하나인 한국법(Korean Law)의 관점에서 남과 북의 법을 공통적 전통과 비교 그리고 통일법의 가능성을 검토하였다. 전통법에 연유하는 공통성과 분단과 정치·경제체제의 차이에 따른 법의 이질화에도 불구하고 통일의 가능성은 있으며, 이는 세계법사의 큰 의미를 갖는 것이다(40: 최종고, 2000).

IV. 서양법사

역사적 관점에서 서양의 법을 다룬 논문은 36편이 발표되었다. 1967년에 첫 논문이 나왔고, 1985년부터 매년 발표되었다. 36편의 논문을 주제와 지역별로 검토하고, 특히 번역의 문제를 별도로 다루었다.

1. 법사상사

한국에 가장 널리 알려진 라드브루흐(G. Radbruch)의 또 다른 면모를 찾는 논문이 발표되었다. 먼저 시를 통해 그의 새로운 모습을 소개하였다. 특히 공간되지 않은 원고로 된 작품을 이용한 점에 더욱 의의가 있다. 이 논문에서 전기학의 중요성을 제기하였다(최종고, 1994). 이는 법학을 뛰어넘어 심리분석 나아가 문학적 성격의 논문이다. 이어서 라드브루흐의 삶을 종교적 관점에서 접근하였다. 외면적 삶과 학문적 태도에서는 종교가 강하게 드러나지는 않았지만, 그의 삶에서 종교가 중요하게 자리잡고 있으며, 이는 법신학으로 발전하였다(최종고, 1995).

종래 법률가로서의 괴테의 면모가 알려지지 않았는데, 괴테의 법학적 훈련에서 시작하여, 법학자, 법률가 정치인의 면모를 시대별로 그려내었다. 그리고 괴테의 법학적 평가를 소개하였다. 법사상사의 연구에서 인물연구의 중요성을 제시한 논문이다(최종고, 2001).¹⁰⁾

2. 법제사

불어권 문헌을 바탕으로 소유권사상을 통사적 서술하였다. 이를 토대로 사상이 제도에 미친 영향을 개괄적으로 언급하였다. 그리고 현대에 나타난 사조인 소유권에 대한 사회적 제약을 소개하였다. 특히 주목할 것은 당시로서는 소련의 현실에 대한 구체적인 언급이다(이태재, 1967).

법제사 연구에서 부딪히는 가장 큰 난점은 ‘법’을 어떻게 볼 것인가이다. 이 문제에 대해 방법론적으로 접근해서, 유럽 중세의 법관념에 대해 독일에서의 학설의 흐름을 개관하였다. 그 핵심인 ‘gutes altes Recht’가 성립하는 과정과 그 비판을 소개하였다. 이어서 법발견에 대한 독일에서의 논의를 소개하였다. 핵심인

¹⁰⁾ 이 연구는 다산과 비교한 저서의 바탕이 되었다. 최종고, 『동서 지성사의 교차로: 괴테와 다산 통(通)하다』(추수밭, 2007).

‘gutes altes Recht(良古法)’의 관념은 한국의 ‘良法美意’와 상통하는 것이다(최종고, 1980). 이 논문은 서양사학계분만 아니라 한국법제사의 연구에도 많은 시사점을 제공해주고 있다.

추상적인 그리스의 정의관을 삶의 구체적인 상황을 법적 논리로 타개하면서 로마법률가의 정의관을 추적하였다. 대상은 고전기인 원수정을 대상으로 하였으며, 법률가의 특성상 민사법에 국한될 수밖에 없었다. 마지막에 정의론이 법학적 논변으로 등장하는 계기를 소개하고, 확대된 연구의 필요성을 제시하였다(57: 최병조, 1990).

중요성에 비해 널리 소개되지 않은 교회법을 현재에도 많은 영향을 미치고 있는 계약법의 영역에서 검토하였다. 관련저서 중 가장 오래된 카톨릭윤리신학자 Antonius의 저서를 소개하고 분석하였다. 마지막에 새로운 계약유형에 대해 윤리신학적 접근이 필요함을 역설하였다(최병조, 1993). 이는 금융위기를 겪은 현재를 예견한 듯하다.

법학교육개혁에 대한 논의에 부수하여 로마에서의 법학교육과 법학교수에 대한 국가의 통제를 검토하였다. 법학교육은 초기에는 사제간의 유대가 중시되었으나 3세기 중반 이래에 국가에서는 큰 관심을 두지 않았다. 전주정기에 접어들어서는 법학은 공익과 직결되는 국가적 사항이므로 국가가 법학교육과 교수에 대해 공식적으로 간여하였다. 로마후기에는 국가가 법학교수를 임명하는 등 혜택을 부여하였다(77: 최병조, 2004).

고전기의 관습과 관습법을 검토한 결과, 오늘의 관점에서는 존재 여부보다는 관습법을 확인하는 절차가 의미있다. 로마의 관습은 가치를 내포하는 ‘mos’와 그렇지 않은 ‘consuetudo’로 구분하여 고찰하였다. 세계제국인 로마법은 지방의 관습법을 인정하면서도 합당성의 통제로 법질서의 조화를 추구하였다(79: 최병조, 2006).

로마법과 비교법의 관계를 “로마법상의 비교법”과 “비교법상의 로마법”으로 구분하고, 전자의 관점에서 로마법상의 외국법을 다루었다. 외국법에 대한 관심은 이론적 관심이든 실천적 관심이든 共時的으로는 異質性, 通時的으로는 可變性에 대한 인식으로 이어진다. 로마는 뛰어난 법문화를 유지하였음에도 불구하고 어느 정도 비교법은 법률가의 일상적 사고이었다. 이는 개방성을 나타내는 것이다. 부록으로 로마법률가들이 사용한 그리스용어를 수록하였다(81: 최병조, 2007).

3. 로마법

1) 사료연구

소수의 연구자가 있는 로마법연구에서는 학문후속세대에 대한 고려는 필수적이며, 사료에 대해 접근할 수 있는 통로를 개척하는 것이 그 한 방법이다.

로마시대에서의 법률의 개념 및 기능과 법률해석의 문제를 구체적 사료를 통하여 서술하였다. 로마법의 개소를 대역하여 독자들의 이해를 돕고 있다. 이는 민법 등 현행법의 해석과 관련된 개별적인 로마법에 대한 것이 아니라 원천적인 접근으로 로마법만이 아니라 법제사 연구에 많은 자극을 주는 논문이다(52: 최병조, 1986).

직접대리가 인정되지 않은 로마법에서 이 목적을 달성하기 위해 활용되었던 지배인소권에 대한 사료를 역주하고 해설을 한 논문이다(65: 최병조, 1994). 새로운 업종 중의 하나인 결혼중매업과 관련된 로마법을 소개하고 역주하였다. 나아가 알선료에 대한 사료도 역주하여 흥미를 대가시켰다. 로마법이 현재에도 여전히 유효함을 소박하게 입증하였다(69: 최병조, 1999). 조합원의 지분에 관한 로마법의 개소를 역주하였다. 모두에서 지분비율을 지정자의 행위에 초점을 두어 ‘선량인’에 대해서는 동서양을 비교하여 이해를 도왔다(74: 최병조, 2001). 로마법에 연원을 두고 있는 상계에 대한 이해를 돕기 위해 로마법대전의 관련개소를 역주하였다. 역주에 앞서 상계제도의 역사적 변천과정을 소개하여 이해를 도왔으며, 로마법과 현행법의 차이를 제시하였다(75: 최병조, 2002).

민법 제746조 불법원인급여는 로마법적·보통법적 전사 없이는 이해할 수 없기 때문에 주된 대상인 로마법의 “*condictio ob turpem causam*”을 중심으로 살폈다. 해당 개소를 대역하고 그에 대한 학설을 소개하였다(56: 최병조, 1989). 삼각관계상 부당이득 반환청구에 관한 로마법의 사료를 소개하고 이에 대한 치밀한 주석을 하여 후일의 연구를 기대하는 글이다. 생경하지만, 사료해석을 위한 토대를 구축하기 위해 직역하는 것을 번역의 원칙으로 하였다. 이 글로 현행 미성년자보호제도의 근원이 로마법임을 알 수 있다(71: 최병조, 1999). 불법행위법 성립의 기초가 된 동물이 야기한 민사책임에 대한 로마법을 소개하고 역주하였다(72: 최병조, 2000).

2) 사법

독일민법 및 현행법의 해석과 관련하여 로마법의 논의를 소개하고 있다. 채권

자를 우대하는 것이 아니라 그 반대로 불이익을 주어 채무자를 보호하는 제도에 대한 소개이다(50: 최병조, 1985[독일어 논문]). 로마법에서의 악의적 가해의 소를 소개하여 우리 법의 이해를 도왔다(51: 최병조, 1985[독일어 논문]).

민법의 가공에 대해 로마법에 소급하여 학설논쟁을 소개하여 그 의미를 분명히 하였다. 해당 개소의 대역으로 이해를 도왔으며, 학설사를 개관하여 역사적 의미를 명확히 하였다. 대립되는 학설을 자세히 소개하여 로마법만으로 그치는 것이 아니라 현재의 문제에 대한 대응책을 간접적으로 제시하였다(53: 최병조, 1986).

“어떤 현실적 손해원인에 의해 현실로 손해가 발생함과 동시에 또는 그 후에 그 원인이 없었더라도 하더라도 다른 원인에 의해 동일한 손해가 발생하였을 것이라고 인정되는 경우”인 추월적 인과관계를 사료를 소개하고 유형별로 정리하여 관련법인 Lex Aquilia를 개관하였다. 그리고 사례의 유형에 따른 로마법률가의 결정을 소개하였다(54: 최병조, 1986). 로마의 불법행위법의 중심적 지위를 차지하는 Lex Aquilia를 통설적 입장에서 전체적으로 소개하였다. 범익의 침해 및 손해의 발생, 침해행위, 인과관계, 위법성, 책임 등 책임요건과 이 법의 법률효과와 소송법적 측면을 검토하여 로마 불법행위법의 근간을 일목요연하게 소개하였다(55: 최병조, 1988).

로마법에서 상속에 대한 사례인 채권적 유증과 관련한 사례를 대역하고 이에 대한 법리칙에 대해 소개를 하였다(68: 최병조, 1998). 이 논문은 친족상속법이 중시되는 우리의 경향과 일치하는 것으로 친족상속법에 대한 첫 시도인 점에 의의가 있다.

3) 형사법 등

로마형법에 대한 연구로, 살인에 관한 코르넬리우스법을 역주하였다. 또한 독자의 이해를 돕기 위해 로마형법의 발전과정을 개관하였다(67: 최병조, 1997). 사법 중심의 로마법연구에서 형법을 대상으로 한 의미 있는 논문이다. 죄형법정주의가 형성되기 전의 형사법을 언급하고, 이 관점에서 볼 때 가장 특이한 형태를 띤 사기죄(stellionatus)를 소개하고 있다. 먼저 stellionatus를 체계적으로 검토한 후, 관련 사료를 역주하였다(80: 최병조, 2007). 이는 현행법의 해석을 지원하기 보다는 다른 법제와의 비교를 염두에 둔 논문이다.

로마법상 노비매매의 한 유형인 노예매춘금지조항에 대해 이 특약의 양식을 4

가지로 분류하여 관련된 로마법의 개소를 역주하고 그 의의를 소개하였다. 로마법의 태도는 주인의 명예와 권리의식에 기초한 것일 뿐만 아니라 노예에 대한 주인의 배려가 바탕이 되었다(76: 최병조, 2004). 매매춘이 성행하는 우리의 현실에 대해 로마법으로 비판하였다. 로마법상의 고용계약의 특징을 서술하고 “무노동 무임금”과 관련된 불완전한 계약서를 검토하였다. 불완전한 사료를 복원하는 과정에서 다양한 전거를 동원하였다. 로마의 고용계약은 자유계약과 고용주의 피용자에 대한 배려와 보호를 고려하고 있다. 일반적인 법질서가 허용하는 범위 내에서 구체적으로 계약을 형성하여 자기들의 생활관계를 만들어간 로마인의 법생활을 복원하였다(78: 최병조, 2006).

4. 영미법

우리는 외국법을 비교법으로 연구하고 있다. 하지만 외국법에 자체에 대한 연구는 많지 않다. 특히 영국법과 미국법의 차이에 대해서는 거의 주목하지 않았다. 양국법의 차이에 대한 일련의 비교연구이다. 법과대학과 법학교육, 법관, 변호사제도, 법원의 정립과 구체적 적용, 법이론에 대해 체계적으로 설명하였다. 이 연구는 영국법과 미국법의 비교연구의 일환으로 양국의 법을 특징짓는 형식성과 실질성에 주목하여 법원의 구체적인 적용과 내용에 대한 것이다. 이는 유사하다고 여긴 양국법의 차이를 명확하게 하였다(58~61: 안경환, 1990~2; 70: 안경환·김종철, 1999).

영연방으로 통칭되는 국제기구의 구성국가의 법제를 개관하기 위한 것으로, 먼저 48개국을 헌법, 권력분립, 기본권, 사법심사로 구분하여 영국을 기준으로 비교하였다. 도론적으로 연혁과 구성원리, 기본문서 등을 소개하였다. 이 논문은 여럿 이면서도 하나인 영연방의 법제를 소개한 점에 의의가 크다(62: 안경환, 1993).

5. 번역의 문제

서양에서 법학, 철학, 정치학 등 개별학문이 분화된 것은 근대의 전물로, 그 이전에는 법학은 법학자들의 전유물이 아니었다. 따라서 서양고전에는 다양한 학문이 포함되어 있으며, 따라서 이를 번역할 때에는 다양한 전공지식이 필요하다. 특히 법률용어는 예나 지금이나 특수전문용어이어서 일반인이 접근하기 어렵다. 따라서 서양고전의 번역에는 법학적 지식은 필수적으로 요구된다. 그러나 우리의 현실에서는 특정전공자가 번역하는 것이 일반이어서 불가피한 오역 등이 있기

마련이다.

국역서 『키케로의 수사학. 말하기의 규칙』(도서출판 길, 2006)에 대한 비평이다. 이 중에서 법정연설 부분을 법률용어의 역어 및 번역의 적정성의 관점에서 비평하였다. 결론은 법률용어의 번역은 문제가 많으며 또 번역의 엄밀성과 정확성도 낮으며, 특히 텍스트의 선정도 최선이 아니며, 좀 더 풍부한 역주가 필요함을 역설하였다(82: 최병조, 2008). 헤겔의 『법철학』 국역본의 계약론 부분에 대한 비평이다. 모두에서 이전에 번역된 법학교전의 오역을 제시하였다. 본문에서는 문제가 되는 부분의 독어 원문과 두 국역본을 제시하고 평자의 의견을 개진하면서 아울러 관련 문헌을 소개하였다. 또한 법률용어의 역어문제도 제기하였다. 결론에서 켈수스의 명언을 들어 번역이 문언의 재현이 아니라 ‘취지’를 살리는 것이라고 하였다. 결국 서양고전의 번역에는 고전학자 등 당해 전문가와 법학자들이 겸허한 자세로 정보교환과 소통 그리고 협동이 필수임을 언급하였다(83: 최병조, 2009).¹¹⁾

V. 동양법사

1965년에 첫 논문이 나온 이래 모두 15편의 논문이 발표되었으며, 1990년대 이후 지속적으로 다루어졌다.

1. 중국 및 일본법

중국 고대의 법사상을 같은 의미를 지니는 ‘文字’를 중심으로 정리하였다. 그 결과 실정법[法], 자연법 내지 관습[禮], 정의[義], 형법전[律] 등으로 구분하였다. 그러면서 天命, 紀綱 등으로 중국적 법사고의 일단을 검토하였다. 또한 理, 則은 송학(신유학·주자학)과 관련 있음을 언급하였다(84: 황산덕, 1965). 당시의 상황에서 전체적인 면을 검토한 점에 의의를 찾을 수 있다.

민형사법이 분리되지 않고 따라서 민사법이 빈약하다고 인정된 중국법에 대해 중국법제를 총정리한 당률소의에서 불법행위에 해당하는 조문을 분석하였다. 결

11) 같은 맥락에서 최자현의 『고대 그리스 법제사』(아카넷, 2007)을 비평하였다(최병조, 「로마법사료의 이해에 대한 총평 -최자현, 『고대 그리스 법제사』(아카넷, 2007)의 출판에 즈음하여」, 『서양고전연구』 30(서양고전학회, 2007) 참조.

론적으로 현재와 비교할 수는 없지만 불법행위법이 존재함을 엄연히 논증하였다(89: 김지수, 1996).

중국 상속법-재산상속과 가계계승-에 대해 先秦부터 현재의 중화민국 및 중화인민공화국의 법제까지 통사적으로 소개하였다. 중국법, 특히 현행법에 대한 관심이 적은 당시로는 선구적인 성과이다(90: 김지수, 1998).

선진부터 청말까지 중국에서 法과 情이 충돌되거나 모순되는 현상과 이를 법적으로 규율한 내용을 소개하였다. 특히 친족관계에서와 복수 그리고 형벌에서 양자를 조화시킨 내용을 집중적으로 소개하였다(95: 朱勇, 2004). 중국은 중앙집권적 관료제를 토대로 하는 전제국가 체제 하에서 사상적으로도 통제되었다. 이런 정치와 사상은 법률을 적용하는 사법관에게 법적 논리의 획일적 적용보다는 ‘형평’과 ‘정의’를 추구하도록 하였다. 이런 상황에서 사법이 곤경에 빠지게 된 연유를 고찰하였다(96: 顧元, 2004). 청나라의 지배계급인 만주족 旗人의 법적 특권의 형성과 그 제한에 대해 서술하였다. 만주족은 중원을 점령한 후 지배를 공고히 하기 위해 만주족에 대해 流配처분금지의 특권을 부여하였고, 이를 중심으로 발전하였다. 그러나 청의 지배체제가 안정이 되자 이 특권을 제한하였고, 몇 차례 수정을 거쳐 최종적으로 특권이 사실상 소멸하게 되었다(97: 林乾, 2004).

현대형법의 관점에서 《大明律》에 죄형법정주의원칙이 있음을 논증하였다. 《唐律疏議》을 간단히 살펴본 후, 죄형법정주의를 선언한 규정과 예외 그리고 이의 강제로 구분하여 살펴보았다. 분석텍스트는 《大明律直解》와 《大明律講解》를 대상으로 하여 번역과 주석을 하였다. 특히 대명률직해의 분석에서는 번역자들이 조선의 실정에 맞도록 노력한 흔적을 부각시켰다. 마지막으로 우리나라에 근대적 죄형법정주의가 도입되는 과정을 소개하였다(98: 정궁식, 2008).

명치시대 의회 법령 가운데, 의회의 자율권과 관련되는 법령의 제정을 집중적으로 조망하였다. 입법에서 의회는 천황의 그것을 협찬하는 지위에 있었기 때문에 정부와 의회와의 관계를 설정하면서 의회의 자율권이 형성되었다(94: 최경옥, 2003).

2. 동아시아 공통법의 탐구

중국은 선진시대에서 청말까지, 일본은 중국의 율령제를 수용한 8세기부터 13세기까지의 율학을 다루고 있다. 이는 동양법학사의 일부로 집필되었으며, 서양과의 비교법사적 방법은 독보적이다. 동양 삼국의 율학을 서양과 비교하면 부족

하지만, 그래도 법학자와 법학자가 등장한 것은 동서양의 유사성을 보여주는 것이다(85: 최종고, 1985).

유럽의 보통법(*ius commune*)에 대응하는 동아시아 삼국에서의 공통법을 모색하는 논문이다. 먼저 보통법의 개념을 설명한 후, 동아시아에서의 요소로는 법전화, 유교법문화, 鄉約과 촌락법, 법학을 들고 개별적으로 논구하였다. 그 동안 개별적으로 진행된 3국의 법사연구를 공통성을 찾으려는 시도이다. 영어논문에서는 앞 논문을 요약하고 법철학의 공통적 기초를 제시하였다(91: 최종고, 1999). 이 논문은 중국어 등으로 번역되는 등 동아시아 학계에 상당한 영향을 미쳤다.

미술, 나아가 상징학의 관점에서 ‘法’자의 연원을 검토한 논문이다. 중국의 문헌에 나타나는 ‘法’자를 소개하고, 이어서 서양의 유니콘(Unicon), 중국에서의 해치, 일본에서의 고마이누, 한국의 해태에 대해 소개하였다. 이를 통해 ‘法’자의 의미를 묻고 법상징학의 필요성을 제기하였다(87: 최종고, 1994).

3. 영어 논문

서구의 ‘法人’ 개념이 동양에 수용되어 발전해가는 과정을 검토하였다. 그러나 동양의 전통에도 그에 유사한 것이 존재하였고, 기능을 하였다. 시야를 넓혀 영미법적 관점과 함께 한중일의 법인에 대한 비교연구가 필요함을 역설하였다(86: 최종고, 1990).

외국강연 원고로 서구의 법원을 재검토하여 동아시아에서 독자적인 법원을 형성해가는 과정을 소개하였다. 전통사회에서는 禮도 법원임을 주장하였다. 세계화와 법다원주의에서 서구의 논리가 아닌 사물의 본성 등에 입각한 법원론의 정립이 필요함을 주장하였다(88: 최종고, 1995). 이어서 동아시아 삼국에서의 공통법을 모색하는 논문(91: 최종고, 1999)을 요약하고 법철학의 공통적 기초를 추가로 제시하였다(92: 최종고, 2000). 세계화와 문명공존의 시대에 동아시아 법철학의 역사적 기원을 탐구하였다. 신화, 법의 기원을 다루고, 유가와 법가, 도가사상을 검토하여 법사상적 배경을 살폈다(93: 최종고, 2002).

VI. 맺음말: 향후의 과제

위에서 98편의 논문을 간단하게 살펴보고 그 의의를 언급하였다. 여기서는 향

후 방향에 대해 언급한다.

법사학은 법학이면서 동시에 역사학이지만 과거의 법을 다루는 점에서는 역사학과 더 가깝다고 할 수 있다. 이중적 성격의 학문이기 때문에 역사학에 바탕을 둔 법학적 방법론을 정립해야 할 것이다. 이를 통해서 대상은 역사적 사실이지만 법학적 방법론으로 분석하는 전통을 확립해야 한다. 그 동안 방법론을 통하여 학문적 정체성을 탐색하는 노력이 부족하였다. 따라서 법사학의 학문적 정체성에 대한 방법론적 고민과 성찰이 필요하다. 또한 법사학은 ‘법학적 법사학’과 ‘역사학적 법사학’으로 구분할 수 있다. 전자는 권리-의무 관계를 토대로 역사적 사실을 분석하여 과거의 사실에서 법적 내용을 분석하는 것이며, 후자는 과거의 법적 소재를 대상으로 역사적 현상을 분석하는 것이다. 그 동안의 연구에서는 후자의 방법이 주류이었으나, 전자의 방법에 입각한 분석이 필요하다. 양자를 모두 동원하는 것이 법학과 역사학에 동시에 기여할 수 있을 것이다.

특정주제에 연구가 집중되어 있어서 다른 주제에 대해서는 연구가 없다. 한국 전통법사의 경우, 형사법에 대한 논문은 없다.¹²⁾ 서양법사의 경우도 법제사에 대한 연구는 적은 편이며, 주로 로마법과 독일법, 영미법으로 한정되어 있다. 동양 법제사의 경우, 중국법 중심이다. 이는 전임교수나 연구자가 소수이기 때문에 부득이한 현상일 수도 있지만, 영역을 확대할 필요가 있다.¹³⁾ 본교는 실무가의 양성만이 아니라 학문후속세대를 통한 연구자의 양성도 중요한 임무이며, 『서울대학교 法學』은 이 점에서 중요하다. 따라서 새로운 연구영역의 발굴과 소개라는 점에서도 영역의 확대에 노력해야 한다.

학문후속세대는 물론 다른 전공 내지 영역의 전공자를 위한 기초적인 연구를 강화하여야 한다. 로마법에서는 중요사료의 대역과 해설로 이러한 기능을 하였지만, 다른 영역에서도 이러한 연구가 필요하다. 특히 역사교과서에 중요하게 등장하지만 국내에는 제대로 된 역주가 없는 자료가 많이 있는데, 이에 대한 연구도 필요하다.

나아가 우리의 실정법의 해석과 관련하여 비교법적 관점에서는 중요하지 않지만 현실에서 중요하게 다가오는 지역법에 대한 연구를 강화하여야 한다. 우리 제

12) 초기에는 법학자들의 연구가 주를 이루었으나, 근래에는 역사학자들의 연구가 많다. 그러나 역사학자들의 연구는 법학에 대한 이해가 부족하기 때문에 문제가 많다.

13) 전체 98편 논문의 필자는 모두 20명이며, 26편, 25편, 12편, 9편, 6편, 3편, 2편(3명), 1편(11명)이며, 본교의 전공 교수 5명이 모두 78편을 발표하였고, 전임교수 10명이 86편을 발표하였다.

일의 무역대상국은 중국이다. 그러나 현대중국법에 대한 연구는 전무하다고 할 수 있다. 이는 중국법만에 한정된 현상이 아니다. 영국과 미국, 독일을 중심으로 한 유럽 정도에 우리의 관심이 미치고 있다.¹⁴⁾ 세계화의 시대에 연구대상을 확대할 필요가 절실하다.

또한 예전에는 몇 차례 나누어 수록하는 장문의 논문이 제법 있었으나 근래는 줄어들었다. 물론 근래에 한 편의 논문이 7~80쪽인 장문의 논문이 없지는 않지만, 대개는 짧다. 단편적인 논문만 양산되는 현실은 필자의 연구역량보다는 편수 위주의 양적 성장만 중시하는 현재의 경향에 전적으로 말미암은 것이다. 그럴수록 장기간에 걸친 구상과 방대한 자료의 섭렵 그리고 긴 호흡으로 지적 탐구를 하는 논문이 더욱 필요하다.

범위를 좁혀, 한국법사에 국한하여 문제를 제기한다. 첫째, ‘실질적’ 法源, 기본 사료에 대한 충실한 역주와 해석 등 기본적인 연구를 더 강화할 필요가 있다. 둘째, 비교법적 시각으로 한국법사를 연구해야 한다. 다양한 시각에서 한국법을 검토하여 특징을 추출할 수 있으며, 세계화의 시대에 고유성을 부각시킬 수 있다. 셋째, 거시적 안목에서 역사 전체의 흐름을 조망하는 구조적인 시각에서 접근한 연구논문이 필요하다. 법만의 변화가 아니라 한국사의 흐름, 나아가 세계사의 변화와 조응하여 한국법의 변화와 그 動因을 탐색하는, 이로써 후학들의 문제의식을 자극하는 논문이 필요하다.

이제 법학교육은 새로운 단계에 접어들었다. 법학전문대학원이 도입되고, 이제는 시험을 통한 선발이 아닌 ‘교육을 통’하여 법률가를 양성할 수 있는 제도적 기반이 마련되었다. ‘전문대학원’은 분명 법학자보다는 법률가의 양성이 1차적인 목표이다. 그러나 법학자 없이 법률가가 존재할 수 없는 것은 분명한 사실이다. 본교는 여느 법학전문대학원과 같이 법률가의 양성만을 목표로 해서는 아니 된다. 본교는 법률가만이 아니라 법학자를 양성하는 의무를 또한 지고 있다. 따라서 연구영역을 확대하고 이를 통하여 법률가에게 도움을 줄 뿐만 아니라 학문후속세대에 지적 호기심을 자극하는 역할을 하여야 한다. 따라서 이전보다는 더 왕성한 지적 활동을 통하여 법학의 발전에 노력하고, 이를 토대로 법률가의 양성과 법문화의 발전에 기여해야 한다.

14) 1,470편의 논문 가운데 “외국법”을 별도의 범주로 분류하지 않은 것은 우리의 현실을 잘 반영한다.

[補論]

법사학은 특정한 영역을 대상으로 하는 해석법학과 달리 그 대상이 확정되어 있지 않다. 특히 실정법학의 영역에서 특집으로 연구사의 정리나 회고와 전망¹⁵⁾ 등을 주제로 할 때에는 두 영역에 겹치게 된다. 본고에서는 기획의도에 따라 주제별 분류를 우선하였기 때문에 특집에 수록된 논문을 다루지 않았다. 그렇다고 해서, 이들 논문이 법사학적 의의가 없는 것을 의미하지는 않는다. 이 점은 여러 필자들에게 양해를 구한다. 그리고 개별법 영역에서 현행제도의 연원 등에 대한 논문은 법사학적으로 훌륭한 논문이 많지만, 역시 다루지 않았고, 개별 주제를 다룬 곳으로 미루었다. 특히 식민지기의 형사사법과 현행 형사법의 조문에 대한 신동운 교수님의 논문은 실정법학에서뿐만 아니라 법사학에서도 향후 연구의 典範이 되는 글이다. 따라서 당연히 검토하고 그 역사적 의의를 밝혀야 하지만, 위와 같은 이유로 역시 다루지 않았다.¹⁶⁾

논문을 대상으로 한 결과 그에 못지않게 중요한 “자료”, “번역”, “서평”도 다루지 않았다. 『서울대학교 법학』의 강점 중의 하나는 논문만이 아니라 다양한 내용이 수록되는 것인데, 이 역시 필자의 불찰로 전부를 검토할 수 없었다. 여러 번역자와 소개자의 양해를 구한다.

향후 더 완벽한 연구사 정리를 기약하며 변명의 글을 휘감한다.

15) “한국법학 30주년 심포지움”(19-1, 1978), “한국사회의 변화와 현대법학의 과제”(28-1, 1987), “한국법학 50년의 성과와 21세기적 과제”(36-2, 1995), “대한민국 헌정 50년”(39-4, 1999), “6.25의 법적 조명”(41-2, 2000), “분단 60년의 법적 조명”(46-4, 2005), “법, 관습, 전통”(47-2, 2006).

16) “일제하의 예심제도에 관하여 - 그 제도적 기능을 중심으로 -”(27-1, 1986), “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”(41-4, 2000), “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰 (2) - 초기 법규정의 정비를 중심으로 -”(42-1, 2, 2001), “가인 김병로 선생의 범죄론 체계와 한국형법의 총칙규정”(49-1, 2008) 등. 이 논문의 연구사적 의의에 대해서는 형사법 분야의 글을 참조하기 바람.

부록: 법사학 주제별 목록*

I. 일반

1. 최종고, 법사학적 법학방법론 -법사학의 과제와 방법-, 24-1, 1983
2. 최종고, 기초법학의 과제와 방법, 28-1, 1987

II. 한국전통법사

3. 박병호, 이조시대의 부동산소송법소고, 2-1, 1960
4. 박병호, 우리나라 率媾婚俗에 유래하는 친족과 금혼범위 -모족, 처족을 중심으로-, 4-1 · 2, 1962
5. 박병호, 한국근세의 토지소유권에 관한 연구(3), 8-1, 2, 9-1, 1966, 1967
6. 박병호, 이성계후의 실증적 연구, 14-1, 1973
7. 박병호, 한국의 전통사회와 법, 15-1, 1974
8. 전봉덕, 전통적 사회와 법사상, 19-1, 1978
9. 박병호, 농지이용강제제도의 사적 기초, 20-2, 1980
10. 박병호, The Role and Function of Yangban in the Development of the Legal Culture in Korea, 24-4, 1983
11. 최종고, 한국의 전통적 법학 -한국율학사-, 26-2 · 3, 1985
12. 최종고, Legal Philosophy and Theory in Korea: A Survey(1991)
13. 최종고, Confucianism and Law in Korea, 37-2, 1996
14. 최종고, 17-18세기의 한일간 법률사건고, 41-4, 2001
15. 정공식, 대전회통의 편찬과 그 의의, 41-4, 2001
16. 정공식, 조선시대의 권력분립과 법치주의, 42-4, 2001
17. 정공식, 韓國法制史 관련 문헌자료 검색법 -조선시대를 중심으로-, 43-1, 2002.
18. 정공식, 조선전기 공신지위의 승계 -妾子를 중심으로-, 43-2, 2002

* 권과 호는 “-”로 표시하였으며, 합집은 “·”로 표시하고, 연속된 것은 “,”로 표시하였다. 분할 게재된 것은 전체 횟수만 표시하였다. 출판연도만 표시하고 월은 생략하였다. 예: 제24권 제1호 →“24-1”, 제26권 제2호 제3호 합집 →“26-2 · 3”, 제40권 제1호, 제2호 → “40-1, 2”.

19. 박병호, 여말선초의 친족의 칭호와 범위, 44-4, 2003
20. 정공식, 속대전의 위상에 대한 소고 -‘봉사 및 입후’조를 대상으로, 46-1, 2005
21. 최종고, Law and Custom in Korean Society: A Historical and Jurisprudential Approach, 47-2, 2006
22. 정공식, 16세기 立案 2건, 47-3, 2006
23. 정공식, 16세기 재산상속의 한 실례 -1579년 權社 妻 鄭氏 許與文記의 분석-, 47-4, 2006
24. 정공식, 법서의 출판과 보급으로 본 조선사회의 법적 성격, 48-4, 2007
25. 정공식, 經國大典註解, 49-2, 2008

III. 한국근현대

26. 董德模, The Origins and Nature of the Korean War, 18-1, 1977
27. 董德模, 한국의 개국과 국제정치, 20-1, 1979
28. 최종고, 한미법률교류 100년사, 23-3, 1982
29. 배재식, Growth of the Law of Nations in the Yi-Dynasty of Korea, 23-4, 1982
30. 정희철, 股本會社, 21-1, 1980
31. 정희철, 조선조말기의 회사조직 -그 태동과 추이-, 24-1, 1983
32. 최종고, 개화기의 한국상법학, 26-1, 1985
33. 최종고, 법학을 통한 한불관계 100년사, 27-1, 1986
34. 최종고, 한국개화기의 국제법용어 수용, 30-3 · 4, 1989
35. 최종고, 현대 한국법제의 형성과정고, 32-1 · 2, 1991
36. 최종고, 한국에서의 서양법의 수용과 변용, 33-2, 1992
37. 박병호, 일제하의 가족정책과 관습법형성과정, 33-2, 1992
38. 최종고, 서울법대 초기사(1945~53) -한 사상사적 고찰, 34-2, 1993
39. 정공식, 자산 안확의 한국법사 이해 -『조선문명사』를 중심으로-, 38-3 · 4, 1997
40. 최종고, South Korean Law and North Korean Law: Comparison and Reunification, 40-4, 2000
41. 한인섭, 거창양민학살사건의 법적 해결 -관련법의 개정방안을 중심으로-,

42-4, 2001

42. 한인섭, 국가폭력에 대한 법적 책임 및 피해회복 -5·민주화운동의 법적 해결을 중심으로-, 43-2, 2002
43. 정영목, 문화재에 관한 한일 간의 갈등 -그 역사와 인식의 차이-, 44-3, 2003
44. 한인섭, “회한과 오욕”의 과거를 바로 잡으려면 -사법부의 과거청산을 위하여-, 46-4, 2005
45. 이상면, 개항기 조선 주권론 충돌, 47-2, 2006
46. 신우철, 근대 사법제도 성립사 비교연구 -한국에 있어서 ‘사법독립’ 원리의 태동·수용과 전개-, 49-2, 2008
47. 정공식, 식민지기 상속관습법의 타당성에 대한 재검토, 50-1, 2009

IV. 서양

48. 이태재, 소유권사상의 변천이 법률제도면에 미친 영향, 9-2, 1967
49. 최종고, 중세독일에 있어서 법관념과 법발견, 20-2, 1980
50. 최병조, Die Glaebigerbennachteiligung im roemischen Recht(로마법에서의 채권자홀대), 26-2·3, 1985
51. 최병조, Die actio de dolo im roemischen Recht(로마법에서의 악의적 가해의 소), 26-4, 1985
52. 최병조, 로마시대의 법률이해와 법률해석 -서론적 고찰-, 27-1, 1986
53. 최병조, 로마법상의 학설대립 -가공의 경우(상)-, 27-2·3, 1986
54. 최병조, 로마법상의 학설대립 -이른바 “추월적 인과관계”의 경우-, 27-4, 1986
55. 최병조, 로마불법행위법 연구 -Lex Aquilia-, 29-1, 1988
56. 최병조, 로마법상의 불법원인급여, 30-3·4, 1989
57. 최병조, 로마법률가들의 정의관, 31-3·4, 1990
58. 안경환, 법과대학의 사회적 지위와 역할 -영국과 미국의 비교연구, 31-3·4, 1990
59. 안경환, 영국법과 미국법의 비교연구(II) -법관-, 32-1·2, 1991
60. 안경환, 영국법과 미국법의 비교연구(III) -변호사제도-, 32-3·4, 1991
61. 안경환, 영국법과 미국법의 비교연구(IV) -법원의 정립과 구체적 적용-,

33-2, 1992

62. 안경환, 영연방(The British Commonwealth of Nation)법제에 관한 연구(총론[2]), 34-2, 3 · 4, 1993
63. 최병조, 17세기 가톨릭윤리신학의 계약개념 및 계약분류에 관한 소고, 34-2, 1993
64. 최종고, G. 라드브루흐에 있어서 법과 시, 35-1, 1994
65. 최병조, 로마법상의 지배인소권(2), 35-2, 3 · 4, 1994
66. 최종고, G. 라드브루흐에 있어서 법과 종교, 36-1, 1995
67. 최병조, 로마형법 소고: D.48.8 살인범에 관한 코르넬리우스법 역주, 38-3 · 4, 1997
68. 최병조, 로마법상의 학설대립 : 채권적 유증의 효력과 Cato의 법원칙, 39-2, 1998
69. 최병조, 로마사법 소고: D.50.14 De Proxenetis 알선료에 관하여; C.5.1 De sponsalibus et arris sponsaliciis et proxenetis 약혼과 약혼증물 및 중매료에 관하여; D.23.1 De sponsalibus 약혼에 관하여. 역주, 39-4, 1999
70. 안경환 · 김종철, 영국법과 미국법의 비교 연구(V) -법이론(2)-, 40-1, 2, 1999
71. 최병조, 삼각관계상 부당이득 반환청구 -로마법상의 지급지시 사례연구: D.46.3.66에 대한 석의-, 40-2, 1999
72. 최병조, D.9, 1 “사족동물의 가해가 주장되는 경우” -대역 및 주석-, 41-1, 2000
73. 최종고, 법률가 괴테(J. W. von Goethe), 42-3, 2001
74. 최병조, 로마법상 조합지분의 결정과 선량인의 재정 -D.17.2.75~80의 역주-, 41-4, 2001
75. 최병조, 로마법상의 상계 -학설회찬 제16권 제2장(상계에 관하여) 역주 포함-, 43-1, 2002
76. 최병조, 로마매매법상 노예매춘금지조항, 45-1, 2004
77. 최병조, 법학교수직에 대한 국가의 통제 -로마 후기의 사례를 중심으로-, 45-3, 2004
78. 최병조, Cessante Labore Cessat et Praemium? -무노동 무임금? 로마법상의

고용계약에 관한 소고-, 47-1, 2006

79. 최병조, 로마법상의 관습과 관습법 -고전 법률가들의 사례를 중심으로-, 47-2, 2006
80. 최병조, 로마형법상의 사기 범죄, 48-3, 2007
81. 최병조, 로마법과 비교법, 48-4, 2007
82. 최병조, 법과 문학 사이, 49-4, 2008
83. 최병조, 법과 철학 사이에서, 50-1, 2009

V. 동양

84. 황산덕, 동양고대의 법사상, 7-1, 1965
85. 최종고, 동양의 전통적 법학 -중국, 일본의 율학사-, 26-4, 1985
86. 최종고, The Asian Conception of Juridical Person -A Korean Perspective-, 31-3 · 4, 1990
87. 최종고, ‘法’字考 -법상징학과 관련하여-, 35-2, 1994
88. 최종고, ANCIENT AND NEW SOURCES OF LAW : AN EAST ASIAN PERSPECTIVE, 36-2, 1995
89. 김지수, 당률상 재산(物)적 손해에 대한 민사적 배상제도 -혜손 · 망실의 불법행위로 인한 손해를 중심으로-, 37-3 · 4, 1996
90. 김지수, 중국 계승법(상속법)의 변천 역사, 39-2, 1998
91. 최종고, 동아시아의 보편법론 -한 · 중 · 일 법사의 기본과제-, 40-2, 1999
92. 최종고, The Foundation of East Asian Jurisprudence, 41-1, 2000
93. 최종고, Ancient Foundations of East Asian Jurisprudence -Confucianism, Legalism and Taoism-, 43-3, 2002
94. 최경옥, 일본 제국의회의 의원법 제정사 -의원의 자유헌을 중심으로-, 44-2, 2003
95. 朱勇, 古代中國에서 情과 法の 충돌, 45-1, 2004
96. 顧元, 체제와 도덕의 배반 -중국 전통사법의 배경 및 그 곤경-, 45-3, 2004
97. 林乾, 청대 기인의 법적 특권의 확립과 제한, 45-2, 2004
98. 정공식, 대명률의 죄형법정주의 원칙, 49-1, 2008

* 이 목록은 법학연구소에서 제공한 자료집을 토대로 작성하였다.